

Het failliet van de Savignyaanse systematiek

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (1997). Het failliet van de Savignyaanse systematiek: dwaling en wanprestatie. *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 26(2), 137-145.
<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/njlp26&i=137>

Document status and date:

Published: 01/01/1997

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Het failliet van de Savignyaanse systematiek: dwaling en wanprestatie

J.M. Smits

1. Het arrest: Schirmeister/De Heus

In de reeks arresten die de Hoge Raad de afgelopen tien jaar over de koop van tweedehands-auto's heeft gewezen, neemt Schirmeister/De Heus¹ een ereplaats in. De uitspraak wordt in het kader van het leerstuk van de dwaling als standaardarrest beschouwd en is dan ook aan acht van de Nederlandse Rechtenfaculteiten verplicht voorgeschreven. In deze annotatie wil ik evenwel laten zien dat de uitspraak, behalve in het kader van het positieve recht, nog om een hele andere reden van belang is. Het gaat dan niet zozeer om wat *wel* in het arrest staat als wel om wat er *niet* in staat.² Dit betekent dat ter adstruering van mijn stelling evengoed een ander dwalingsarrest had kunnen worden gekozen, maar het is goed zijn pijlen te richten op een bekende uitspraak. De stelling die ik aan de hand van Schirmeister/De Heus wil toelichten, luidt dat de Hoge Raad in het contractenrecht op een weinig consistente wijze redeneert en dat dit wordt veroorzaakt door het huidige privaatrechtelijk begrippenkader. De vraag hoe het anders kan, wordt bovendien van een begin van een antwoord voorzien. Laten we eerst casus en uitspraak bekijken.

In 1987 koopt Schirmeister van De Heus een Citroën DS Break met als bouwjaar 1966. Koper en verkoper zijn allebei Citroën-fanaten en hadden al eerder met elkaar gehandeld ten aanzien van oldtimers. Het exemplaar dat Schirmeister thans koopt, is door De Heus uit Frankrijk gehaald en vóór de levering op verzoek van Schirmeister door twee deskundigen bekeken. Deze hadden vastgesteld dat de auto in uitstekende staat verkeert. Daarmee werd meer objectief vastgesteld wat de eigenschappen waren van de auto, waarvan De Heus volgens Schirmeister had gezegd dat deze 'in showroomconditie' verkeerde en 'keihard' de mooiste was die hij ooit had gezien. Na de levering heeft Schirmeister de auto laten keuren ter verkrijging van een Nederlands kenteken; de auto is in januari 1988 goedgekeurd, waarna Schirmeister gedurende meer dan een jaar in de auto heeft gereden.

In april 1989 wordt de auto APK-gekeurd. Tot grote verrassing van Schirmeister komt daarbij aan het licht dat de kokerbalken van de Citroën op verschillende plaatsen zijn doorgeroest. Dit gebrek had zich kennelijk al eerder geopenbaard want de gaten waren met behulp van polyester gedicht en vervolgens zo vakkundig overgespoten dat dit bij de drie eerdere inspecties niet was gebleken. De ontvullende ervaring doet Schirmeister procederen tegen verkoper De Heus, maar Rechtbank noch Hof stellen hem in het gelijk. Schirmeister beriep zich - voor zover hier terzake³ - bij de lagere rechters op bedrog, dwaling en wanprestatie. Dat het beroep op bedrog mislukte, was wel begrijpelijk nu de daarvoor vereiste opzettelijke misleiding door de wederpartij altijd moeilijk kan worden bewezen. Omtrent het beroep op dwaling overweegt het Hof dat zelfs indien er dwaling zou zijn, deze in de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende moet komen nu de auto 22 jaar oud is, de koop is gesloten tussen liefhebbers en het gebrek zich pas na een jaar heeft geopenbaard en Schirmeister in dat jaar ook regelmatig van de auto gebruik heeft gemaakt. De aard van de transactie staat eveneens in de weg aan het vorderen van schadevergoeding wegens wanprestatie: de door De Heus gedane mededelingen waren geen garantie van eigenschappen, maar enkel algemene aanprijzingen nu de auto zo oud was en

¹HR 15 april 1994, NJ 1995, 614.

²Wat Douglas R. Hofstadter, Gödel, Escher, Bach, [1979], Amsterdam 1985, p. 79 de negatieve ruimte noemt.

³Een ingestelde actie wegens verborgen gebreken is voor mijn betoog niet relevant.

de koop tussen liefhebbers plaatsvond.

De Hoge Raad casseert na eerst een algemene regel gegeven te hebben:

Ingeval een (tweedehands) auto wordt gekocht om daarmee, naar de verkoper bekend is, aan het verkeer deel te nemen, zal als regel moeten worden aangenomen dat de auto niet beantwoordt aan de overeenkomst, indien als gevolg van een eraan klevend gebrek dat niet op eenvoudige wijze kan worden ontdekt en hersteld, zodanig gebruik van de auto gevaar voor de verkeersveiligheid zou opleveren. Niet uitgesloten is dat deze regel uitzondering lijdt, bij voorbeeld wanneer de koper het risico van zodanig gebrek had aanvaard. Hierbij valt, wanneer het gaat om een transactie en een auto als de onderhavige, onder meer te denken aan de situatie dat voor de koper de authentieke staat van de carrosserie belangrijker was dan de verkeerstechnische conditie van de auto. Daarbij dient er echter rekening mee te worden gehouden dat uitlatingen van de verkoper over die conditie, afhankelijk van hun inhoud, aan het aannemen van een dergelijke aanvaarding van het risico van gebreken in de weg kunnen staan'.

Komt nu vast te staan dat De Heus de auto heeft aangeprezen zoals door Schirmeister beweerd (een bewijskwestie waaraan de lagere rechters niet toekwamen) én kocht Schirmeister de auto om ermee aan het verkeer deel te nemen (hetgeen zo was) én is dit laatste voor De Heus duidelijk geweest, dan bezit de auto volgens de Hoge Raad niet de eigenschappen die Schirmeister op grond van de koopovereenkomst mocht verwachten. Een beroep op wanprestatie is dan mogelijk. Voorts overweegt de Hoge Raad dat de door het Hof aangegeven gronden om de dwaling voor rekening van de dwalende te laten (dus een koop tussen liefhebbers van een 22 jaar oude auto, waarvan het gebrek pas blijkt wanneer de koper al lang in auto heeft gereden), daartoe niet toereikend zijn zodat in beginsel óók een beroep op dwaling mogelijk is.

2. Belang van de uitspraak in de heersende opvatting

Wat maakt Schirmeister/De Heus in de heersende visie tot een standaardarrest? Dat is nog niet zo eenvoudig aan te geven want het arrest bevat weinig verrassends en is eerder een eenvoudige toepassing van de regels inzake dwaling en wanprestatie. Maar wel een instructieve toepassing: ik geef aan wat de hedendaagse student uit het arrest heeft af te leiden.

Inzake de wanprestatie moet de student zien dat het geheel afhankelijk is van *de inhoud* van de overeenkomst of sprake is van niet-nakoming en op die grond schadevergoeding kan worden gevorderd. Zou de inhoud in casu zijn 'koop van een auto, niet bestemd om mee op de weg te rijden maar enkel om als occasion mee te pronken', dan is de verkeerstechnische toestand van de auto irrelevant en leverde de verkoper wat hij *moest* leveren. Maar heeft het contract als inhoud de koop van een auto om daarmee op de weg te rijden, dan is de toestand van de kokerbalken wel degelijk relevant en komt de verkoper de op hem rustende verbintenis niet na wanneer de auto gebrekkig blijkt. De (uitleg van de) contractsinhoud bepaalt dus of er wanprestatie is. Deze wijsheid volgt echter eenvoudigweg uit (thans) art. 6:74 BW dat tekortschieten in een *verbintenis* (waarvan de inhoud is bepaald) bedreigt met schadevergoeding.⁴

Maar de student zal het arrest met name in verband moeten brengen met het dwalingsleerstuk. Wie een auto koopt om daarmee aan het verkeer deel te nemen, heeft een onjuiste voorstelling van zaken als dit onmogelijk blijkt. Onder de omstandigheden in casu behoeft die dwaling niet voor rekening te blijven van de dwalende (op grond van - thans - art. 6:228 lid 2 BW). Over dat laatste kan men wel twisten (niet voor niets oordeelden rechtbank en Hof anders) maar als men de mogelijkheid aan het verkeer deel te nemen inderdaad als deel van de contractsinhoud ziet, dan is dit wel een consequente redenering nu een succesvolle APK-keuring daarvoor vereist is; dat een liefhebber een oldtimer kocht, is dan irrelevant.

Al met al: een arrest dat meer een illustratie van de huidige wettelijke regels inzake wanprestatie en dwaling is dan dat het die regels verandert. Voor de doorgaans nogal

⁴De Hoge Raad geeft nog wel aan dat - als het gebrek niet eenvoudig kan worden ontdekt en hersteld - een gebrek qua verkeersveiligheid *in beginsel* non-conformiteit oplevert.

positivistisch ingestelde Nederlandse civielrechtswetenschap dus geen schokkend arrest. Maar het is juist daartegen dat ik hier stelling neem. Naar mijn oordeel is het arrest namelijk wél schokkend, niet vanwege de uitkomst maar omdat de wijze van redeneren door de Hoge Raad blootlegt dat het huidige civielrechtelijk begrippenapparaat niet langer voldoet. De Hoge Raad kan daar als gebonden aan de cassatiemiddelen niet zo veel aan doen, maar wél kunnen wetenschap en onderwijs worden verweten dat arresten als deze niet kritischer worden beschouwd. Mijn argumentatie vereist een historisch-methodisch uitstapje naar de aard van het Nederlands privaatrecht (no. 3), een toespitsing op dwaling en totstandkoming (no. 4) en een schets van het methodisch toekomstperspectief (no. 5).

3. Een Savignyaans privaatrecht

Uitgangspunt van deze annotatie is dat een onverbrekelijk verband bestaat tussen juridische begrippen, rechtspolitieke keuzes en het privaatrechtelijk 'systeem'. Om met de eerste twee grootheden te beginnen: men kan begrippen (leerstukken) als contract, dwaling en onrechtmatige daad zien als lege hulzen die worden gevuld met een bepaalde rechtspolitieke inhoud. Zo werden in de negentiende eeuw vele begrippen uit het contractenrecht geïnspireerd door de idee dat de 'vrije wil' van de contractspartijen zaligmakend is: totstandkoming van de overeenkomst enkel in geval van consensus; aantasting indien die is totstandgekomen onder invloed van een onzuiver gevormde wil (zoals bij bedrog of dwaling) omdat zonder een zuivere wil geen eerlijke overeenkomst kan ontstaan.⁵ Voor een hedendaags jurist is het moeilijk om zich de overeenkomst en de dwaling anders voor te stellen dan op deze wijze omdat hij dit beeld tijdens de studie voorgeschoteld heeft gekregen. Voor hem zijn consensus en contract haast synoniemen, zoals hij de dwaling ook slechts als een wilsgebrek kan zien. Maar wanneer diezelfde jurist vol houdt dat hij met rechtstheorie niets te maken wil hebben omdat dat voor zijn gewone praktijkuitoefening op basis van het 'positieve recht' irrelevant is, vergeet hij dat dit positieve recht óók een theorie is, nl. die hij geleerd heeft toen hij studeerde.

Nu kan er een moment komen waarop men met de inhoud van een rechtsbegrip niet langer kan werken omdat de ideologie waarop deze is gebaseerd in het leeuwedeel der gevallen niet langer voldoet. Op dat tijdstip wordt de eens rechtvaardige afweging een 'Scheinbegründung'⁶: de rechter blijft het formele begrip hanteren maar de afweging binnen dat begrip leidt tot een onrechtvaardig resultaat zodat hij nog slechts fictief de eerdere afweging maakt. Eerder verdedigde ik dat dit proces zich heeft voorgedaan bij het criterium voor de totstandkoming van de overeenkomst: dat deze op enig moment in de negentiende eeuw gezocht werd in de wil van contractspartijen was voor die periode in overeenstemming met de heersende filosofische stroming; toen die zich wijzigde, ging men onder het mom van de wil en later van 'het vertrouwen' hele andere afwegingsfactoren hanteren die echter grotendeels verborgen bleven.⁷

Maar er is nog een derde factor. Een privaatrecht van enkel door ideologie bepaalde rechtsbegrippen zou nogal chaotisch zijn omdat onduidelijk is wat de verhouding is tussen die begrippen: contract, dwaling en verrijking zouden losse leerstukken zijn zonder dat duidelijk is in welke verhouding zij tot elkaar staan. Dit is inderdaad lange tijd het geval geweest. In het klassieke Romeinse recht zelf, waaraan wij een groot deel onze begrippen ontleen, ontbrak enige systematisering vrijwel geheel. Na de receptie van het Corpus Iuris Civilis sinds de dertiende eeuw bleven vele typen overeenkomsten met elk hun eigen regeling voor totstandkoming, nakoming en overmacht naast elkaar bestaan; de

⁵De grondslag voor de wilsleer werd wel al gelegd door natuurrechtgeleerden als Hugo de Groot. Verwijzingen in bijv. mijn Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid, diss. Leiden 1995, Arnhem 1995, p. 217 v.; zie ook Morton J. Horwitz, The historical foundations of modern contract law, Harvard LR 87 (1974) 917 v. en James Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Oxford 1991.

⁶Fritz Brecher, Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, in: Festschrift für Arthur Nikkisch, Tübingen 1958, p. 246.

⁷Het vertrouwensbeginsel, o.c., p. 187 v.

dwaling werd bijna alleen behandeld bij koop en er waren vele typen zoals *error in substantia*, in corpore, in pretio, in negotio, in persona, in nomine en iuris;⁸ wat wij nu materieel recht en procesrecht noemen was niet gescheiden.⁹ Natuurlijk waren er wel meer systematische werken, met name bestemd voor het onderwijs, zoals de Instituten van Gaius en van Justinianus in de Romeinse tijd (vanaf de 16de eeuw onder invloed van de wens orde te brengen in de chaos werden de laatste steeds vaker gebruikt, de eerste werden pas herontdekt in de negentiende eeuw) en later commentaren op deelgebieden als die van Donellus (1589) en Domat (1689). Zo ontstond een *mos geometricus*, parallel aan het werk van Copernicus, Galilei en Newton op andere terreinen.¹⁰ Maar de grote greep, bestaande in een axiomatische systematisering van *het gehele* privaatrecht door het zoeken van *algemene beginselen* in de verspreide leerstukken van het Corpus Iuris,¹¹ werd niet gedaan. Pas met het System des heutigen Römischen Rechts (1840-1848) van Savigny vond die systematisering plaats: detailregels werden stelselmatig gesystematiseerd via een empirisch-deductieve methode; het leidde bijv. tot de abstractie van de rechtshandeling, tot een algemene leer van het contractenrecht en tot nog veel meer. Het is zelfs zozeer deze systematiek die het beeld van het Nederlands privaatrecht bepaalt (zo begint vrijwel ieder Nederlands handboek met het geven van onderscheidingen die bijna allemaal tenminste indirect teruggaan op Savigny) dat men zonder aarzelen van een Savignyaans privaatrecht kan spreken.¹²

Is er nu enig verband tussen de rechtspolitieke invulling der begrippen als zojuist geschetst en deze systematiek? Men is geneigd te denken van niet: een louter wetenschappelijke indeling en geen religieuze of politieke was het doel van de aanhangers der *mos geometricus*.¹³ het systeem zou politiek neutraal zijn. Maar bij raadpleging van Savigny komt men bedrogen uit: voor hem staat nl. aan de basis van alle systematisering de 'Rechtsverhältnis' en het wezen daarvan is 'ein Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens'.¹⁴ De invulling der neutrale begrippen naar de liberale wilsleer ging dus gepaard met een systematisering van die begrippen naar diezelfde leer. Voor Savigny was het belangrijkste van de mens zijn contact met diegenen 'die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung'¹⁵ en het subjectieve recht is een 'Gebiet, worin ihr Wille herrscht'.¹⁶

Dat niet enkel de lege begrippen, maar de gehele systematiek zijn beïnvloed door de rechtspolitieke visie, zie ik als een hoogst belangrijk kenmerk van het Savignyaans privaatrecht. Enkel een invulling der begrippen aan de hand van een heersende politieke overtuiging zou niet rampzalig zijn geweest, omdat wanneer *winds of change* zouden gaan waaien, die begrippen slechts een andere inhoud zouden krijgen. Maar nu werd zomaar op grond van een zeker - door Savigny als eeuwig beschouwd - wereldbeeld het gehele privaatrecht gesystematiseerd. Ook een rechter die dat wereldbeeld niet aanvaardt - en dat is tegenwoordig iedere rechter omdat het huidige privaatrecht veel socialer is - is verplicht van die systematiek gebruik te maken, althans te doen alsof, teneinde zijn redenering aanvaardbaar te maken voor het juridisch forum. Maar dat leidt niet zelden tot een 'Scheinbegründung': het is alsof men het handvat van een schroevendraaier gebruikt om een spijker mee in de muur te slaan omdat gebruik van de schroevendraaier nu eenmaal volgens het systeem is voorgeschreven: het resultaat is wel goed maar de weg omslachtig.

⁸Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Cape Town 1990, p. 587 v.

⁹Vgl. J.H.A. Lokin, *Het NBW en de Pandektistiek*, in: *Historisch vooruitzicht*, Arnhem 1994, p. 128.

¹⁰Geoffrey Samuel, *Foundations of Legal Reasoning*, Apeldoorn 1994, p. 52, spreekt van een 'coming together of law and mathematics'.

¹¹Lokin, o.c., p. 128: een 'stelselmatige veralgemening van afzonderlijke leerstukken'.

¹²Voor de invloed van Savigny in Nederland: P.C. Kop, *Savigny en de wetenschap van het privaatrecht in Nederland in de negentiende eeuw*, TvR 57 (1989), p. 117 v. Overigens is een groot deel van Savigny's invloed terug te voeren op Meijers' ontwerpen voor een nieuw BW en dus pas afkomstig uit deze eeuw.

¹³Zie Tomasz Giaro, als geciteerd bij Lokin, o.c., p. 130.

¹⁴System Band 1, Berlin 1840, p. 334.

¹⁵System 1, o.c., p. 331.

¹⁶System 1, o.c., p. 7.

Het huidige Nederlandse contractenrecht verkeert nu in de situatie dat de begrippen zelf wel veranderd zijn met de tijd (dat kan ook niet anders omdat het recht tenslotte gelijke tred moet houden met de maatschappelijke ontwikkeling) maar dat de onderlinge verhouding tussen die begrippen, het systeem dus, niet is meegeëvolueerd. Dit is zeer wel verklaarbaar: de invulling der begrippen geschiedt noodzakelijkerwijs in de rechtspraktijk omdat het recht nu eenmaal aangepast moet worden aan de maatschappij. De systematisering der begrippen is een taak der wetenschap en kan uit een oogpunt van het bereiken van een goed resultaat achterwege blijven. De conclusie ligt voor de hand: rechtspolitieke stellingname, invulling der begrippen en systematisering daarvan zijn onverbrekkelijk verbonden en wijziging van één der eerste twee grootheden, betekent dat de laatste - om de terminologie van de Amerikaanse Critical Legal Studies te gebruiken - 'indeterminate' is met als gevolg dat rechters arbitrair beslissen, de voor het externe forum geformuleerde motivering geen inzicht geeft in de ware reden van de beslissing en gelijke gevallen niet langer gelijk worden behandeld.¹⁷

4. Dwaling en totstandkoming van de overeenkomst

Dat een verouderde systematiek reeds heeft geleid tot grote inconsistenties binnen het contractenrecht, dat tegenwoordig immers niet slechts de partij-autonomie maar ook andere belangen (als vertrouwensbescherming en 'contractuele rechtvaardigheid'¹⁸) heeft te behartigen, is vooral in de V.S.¹⁹ door de genoemde Critical Legal Studies-beweging naar voren gebracht: waar het contractenrecht tegengestelde belangen poogt te verenigen, is het onvermijdelijk inconsistent. Zo blijkt het onmogelijk het eens te worden over de grondslag der contractuele gebondenheid, een criterium om uit te maken wanneer gebondenheid bestaat en vele andere contractenrechtelijke thema's, waaronder de plaats van de dwaling. Dit brengt mij terug bij Schirmeister/De Heus.

In de Savignyaanse systematiek zoals in beginsel overgenomen in het Nederlandse recht wordt een scherp onderscheid gemaakt tussen totstandkoming, inhoud en uitvoering van de overeenkomst. Terzake van de totstandkoming wordt de overeenkomst ontleed in twee wilsverklaringen met de grootheden wil en verklaring als aparte grootheden²⁰ zodat dissensus en dwaling konden worden gescheiden: enerzijds is in de totstandkomingsfase denkbaar dat een contractspartij dwaalt in de reden waarom hij een overeenkomst wil sluiten (*Motivirrtum* of eigenlijke dwaling), anderzijds kan terzake van de inhoud van de overeenkomst een conflict optreden tussen wil en verklaring (*Inhaltsirrtum* of oneigenlijke dwaling). In het eerste geval is de dwaling in beginsel irrelevant omdat de dwalende wel degelijk heeft gewild maar alleen fout heeft gekozen uit alle hem ter beschikking staande alternatieven, in het laatste geval ontbreekt een geldige overeenkomst, niet omdat de dwalende dwaalt, maar omdat zijn verklaring niet overeenstemt met zijn wil.²¹ In het huidige Nederlandse recht ziet men dit terug waar enerzijds een misverstand (dissensus) in beginsel in de weg staat aan het totstandkomen van een overeenkomst, anderzijds de echte dwaling die in beginsel irrelevant is maar onder bijzondere omstandigheden kan leiden tot vernietiging van een eenmaal totstandgekomen overeenkomst. Dit beginsel spoort geheel met de ideologische nadruk die wordt gelegd op de individuele wil en op de keuzevrijheid van het individu: dwaling is *niet* relevant want de dwalende wil, dissensus is *wel* relevant want de partij wil niet.

Het aardige is nu dat reeds Savigny zelf deze nadruk op de autonomie niet geheel

¹⁷Zie Lawrence B. Solum, in: Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Cambridge Mass. 1996, p. 489.

¹⁸Zie voor dat begrip Arthur von Mehren, IECL VII-9: The Formation of Contracts (1992), no. 62.

¹⁹Het wekt wellicht verbazing dat Savigny invloed had in (Engeland en) de VS. Toch is dit zo: de invloed van de Pandektistiek was zelfs zeer groot. Zie bijv. Mathias Reimann, *Continental Imports*, TvR 64 (1996), p. 391 v. Overigens richt de CLS zich niet zozeer tegen een Savignyaanse systematiek als wel tegen een meer algemene mix van partij-autonomie en formalisme.

²⁰Teruggaand op Pufendorfs natuurrechtelijke visie; zie Zimmermann, o.c., p. 569.

²¹Savigny, *System* Band 3, Berlin 1840, p. 98 v.

kon doorzetten en in het belang van het handelsverkeer aanvaardde dat dwaling soms toch moet leiden tot een nietige overeenkomst zoals dissensus soms moest leiden tot instandhouding daarvan.²² Het Nederlandse art. 6:228 BW kent een specieuze afweging waarin het belang van de wederpartij van de dwalende essentieel is: kortweg is vernietiging in beginsel alleen mogelijk indien de wederpartij begreep of moest begrijpen dat de achteraf ontbrekende eigenschap essentieel was voor de dwalende en het ontbreken niet voor diens rekening behoeft te blijven. Anderzijds verhindert dissensus alleen geldige totstandkoming indien de wederpartij niet redelijkerwijs mag vertrouwen op de wil van de contractant. Kennelijk worden beide leerstukken gecorrigeerd aan de hand van de vertrouwensleer die, principieel anders dan de wilsleer, van de *wederpartij* uitgaat. Daarmee laboreert het contractenrecht aan een fundamentele contradictie.²³ Die leidt er toe dat de (rechtvaardiging voor de) grens tussen dwaling en wanprestatie en daarmee voor die tussen de totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst vervaagt. In zo'n geval is er reden voor 'deconstructie'.²⁴

Waaruit blijkt dit in Schirmeister/De Heus? Zuiver Savignyaans geredeneerd zou de uitkomst duidelijk zijn: dat Schirmeister de auto kocht om er mee aan het verkeer deel te nemen, is iets wat enkel hem aangaat en geen reden om de overeenkomst aan te tasten. Dit past ook goed in de liberale visie dat ieder maar het risico moet dragen van zijn eigen fouten. Van wanprestatie kan dan natuurlijk geen sprake zijn want De Heus leverde eenvoudigweg de auto die hij *diende* te leveren. Maar deze uitkomst kan tegenwoordig niet langer worden aanvaard: een contractspartij dient zich mede het belang van haar wederpartij aan te trekken om te voorkomen dat deze onder invloed van dwaling contracteert.²⁵ Daarmee moet de ene contractant deels treden in de motieven van de andere contractant: daar een *normale* contractspartij een auto met *normale* eigenschappen wenst, dient de auto die *los van de door partijen bepaalde contractsinhoud* te bezitten. Ontbreken normale eigenschappen, dan rust in beginsel een mededelingsplicht op de verkoper, deels afhankelijk van het kenbare motief waarmee de auto wordt gekocht. Dit heeft als belangrijke consequentie dat de contractsinhoud (deels) wordt bepaald door de wederzijds kenbare motieven van partijen zodat de klassieke scheiding van dwaling en wanprestatie verdwijnt: zijn de motieven van de wederpartij kenbaar, dan gaan die deel uitmaken van de contractsinhoud en is hun afwezigheid aanleiding voor een succesvolle vordering op grond van wanprestatie. Dit blijkt bijzonder fraai in het arrest in kwestie nu de Hoge Raad daar, ietwat verborgen,²⁶ de formulering bezigt dat voor De Heus duidelijk moet zijn geweest dat Schirmeister de auto kocht om er mee aan het verkeer deel te nemen.

Voor de verhouding tussen dwaling en dissensus heeft dit tot gevolg dat zij ten onrechte als gescheiden worden beschouwd: waar Savigny in staat was alleen relevant te achten dat *willekeurig welke overeenkomst* was gewild, thans is bepalend dat *een overeenkomst met deze specifieke inhoud* is gewild. Blijkt die inhoud anders dan gedacht, dan is de overeenkomst met die inhoud eigenlijk niet gewild zodat in wezen een geval van dissensus (oneigenlijke dwaling) voorligt. Met andere woorden: zodra men in het kader van een bescherming van de zwakke contractant eisen gaat stellen aan de inhoud van de overeenkomst, vervaagt het onderscheid tussen de niet gewilde overeenkomst en de wel gewilde overeenkomst die men sluit op basis van een verkeerde voorstelling van zaken. Dit is ook door een lange reeks auteurs gesteld,²⁷ maar zonder veel succes nu in het huidige BW

²²Band 3, o.c., p. 276 v. en vgl. Zimmermann, o.c., p. 614 v. Het huidige Duitse recht wijkt af van Savigny en kent geen onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke dwaling.

²³De *locus classicus* voor een Amerikaanse CLS-visie in dit verband is Jay M. Feinman, Promissory Estoppel and Judicial Method, Harvard LR 97 (1984) p. 678 v.

²⁴Zie vooral P. Schlag, Cannibal moves: an essay in the metamorphoses of the legal distinction, Stanford LR 40 (1988), p. 929 v.

²⁵HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp).

²⁶NJ-annotator Brunner besteedt er ook geen aandacht aan. Zie evenwel Jac. Hijma in zijn noot in AA 43 (1994), p. 823.

²⁷Zonder dat zij overigens allemaal expliciteren waarom dit zo is. Zie bijv. J.F. Houwing, Oneigenlijke

wordt vastgehouden aan het onderscheid.

Inconsistentie ligt hiermee op de loer. Indien de afweging die aan de hand van de begrippen dwaling en dissensus wordt gemaakt, immers hetzelfde doel heeft, nl. vaststellen of *deze* overeenkomst met *deze* inhoud voor de contractspartijen bindend is, dient daartoe één en hetzelfde criterium te worden gebruikt ter invulling van elk dezer begrippen. Zelfs is er dan systematisch geen reden meer om dwaling en dissensus te scheiden en is het mogelijk om een van beide leerstukken af te schaffen. Wie vindt dat zo te zeer wordt doorgedraafd, houd ik voor dat men zich enkel op deze wijze bewust kan worden van de betreffende toevalligheid van de huidige privaatrechtelijke systematiek. De taak van de annotator is immers niet alleen de plaatsing van het arrest binnen het positieve recht, maar óók de relativering van dat positieve recht (en daarmee van het arrest) zelve.

5. De weg die voor ons ligt

Maar de taak van de annotator gaat verder. Aan de hand van het arrest kan men ook laten zien wat de taak der rechtswetenschap in de toekomst kan zijn en aldus dieper doordringen in de methodiek van het privaatrecht. Twee wegen zijn denkbaar.

In de eerste plaats kan getracht worden op Savignyaanse wijze een nieuw systeem op te bouwen aan de hand van andere criteria dan de 'Rechtsverhältnis' als domein van een zuiver individuele wil. Savigny zelf had oog voor een alternatieve systematiek die hij onder het kopje 'abweichende Meynungen über die Klassifikation'²⁸ besprak. Het aantal hedendaagse pogingen hiertoe is evenwel zeer beperkt geweest.²⁹ Wellicht heeft dit van doen met een tanend vertrouwen in de potentie van allesomvattende axiomatische systemen. Zelfs indien een nieuw systeem wordt gecreëerd, leidt de daarmee ontstane conceptuele structuur immers nog niet automatisch tot één mogelijke oplossing. Waar zojuist de *mos geometricus* werd genoemd als heersende ideologie sinds de 16de eeuw met voor het recht een apotheose in het werk van Savigny, is thans wellicht de nadruk komen te liggen op het goed beslissen van gevallen. Toulmin vat de heersende wetenschappelijke opvatting van de afgelopen drie eeuwen samen in vier slagzinnen: 'Formal logic was in, rhetoric was out', 'General principles were in, particular cases were out', 'Abstract axioms were in, concrete diversity was out' en 'The permanent was in, the transitory was out'. Tegenwoordig zouden, al dan niet onder de benaming 'postmodernisme', retoriek, casuïstiek, diversiteit en relativiteit in opmars zijn en het wetenschappelijk wereldbeeld principieel veranderen.³⁰ Aan een nieuw systeem bestaat dan geen behoefte.

Maar wat dan? In de tweede plaats zou men de casuïstiek de vrije loop kunnen laten zodat niet langer deductief, maar inductief - via gevalvergelijking - vanuit casus wordt geredeneerd. Dit is de oorspronkelijke Engelse benadering van het privaatrecht, die voor het contractenrecht onder negentiende-eeuwse continentale invloed, juist grotendeels is verlaten. Maar interessant is dat op een soortgelijke wijze als het huidige Nederlandse recht, ook het Engelse recht van vóór de Savignyaanse invloed dwalingsgevallen deels via de 'implied condition' en dus via dissensus oploste: een contractspartij garandeerde stilzwijgend het bestaan van bepaalde eigenschappen en bleken die afwezig, dan was er eenvoudigweg geen gebondenheid omdat dit stilzwijgend overeengekomen was.³¹ Een onderscheid tussen dissensus en dwaling kon zo niet ontstaan en men was in staat om grote invloed toe te kennen aan de omstandigheden van het geval door slechts een 'implied condition' aanwezig te achten waar dat in casu gewenst was. Zo heeft de rechter een grote

dwaling, in: Rechtskundige opstellen, Haarlem 1921, p. 206 v. en J.M. van Dunné, De heroriëntatie bij dwaling, WPNR 4978 (1968) p. 38.

²⁸Band 1, o.c., p. 393 v.

²⁹J.B.M. Vranken trachtte bijv. diverse leerstukken te doen opgaan in een theorie inzake mededelings- en onderzoeksplichten in dez., Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, Zwolle 1989.

³⁰Stephen Toulmin, *Cosmopolis; The Hidden Agenda of Modernity*, New York 1990, p. 30 v., 186 v.

³¹Ook het huidige Engelse recht lijkt niet afkerig van deze benadering. Zie P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 4th ed., Oxford 1989, p. 241 v.

vrijheid, maar biedt hij niet veel inzicht in de reden waarom hij een stilzwijgende voorwaarde aanneemt.³²

Om rechterlijk beslissen via een casuïstische methode nu toch aan eisen van controleerbaarheid en consistentie te onderwerpen, kunnen, in plaats van gesystematiseerde leerstukken, rechtsbeginselen een belangrijke rol vervullen.³³ Het verbaast dan ook niet dat juist in het Engelse en Amerikaanse recht veel aandacht voor beginselen bestaat. Het is evenwel een teken des tijds dat, hoewel in principe inconsistent met de Savignyaanse methode, dit ook op het continent meer en meer het geval is. Zo bespreekt Bydlinski in een onlangs verschenen monografie 134 privaatrechtelijke beginselen en hun uitwerking in het positieve recht.³⁴ Door de zg. Lando-commissie werden beginselen van Europees contractenrecht geformuleerd.³⁵ Het lonkend perspectief voor het contractenrecht zou kunnen zijn om contractsvrijheid, autonomiebeginsel, vertrouwensbeginsel en beginsel van de contractuele rechtvaardigheid als de leidende factoren te zien bij het beslissen van concrete casus. Bedacht zij echter dat dit dan vooral door practici zelf moet geschieden en dat voor een systematiserende wetenschap in een dergelijk perspectief weinig plaats meer is. Maar misschien is dat wel de uiterste consequentie van de ontwikkeling naar 'casuïstiek' die Toulmin signaleerde.

6. Ten slotte

Indien men een arrest annoteert voor de praktijk, komt men niet snel toe aan kritische beschouwingen die het bestek van het positieve recht te buiten gaan. In die zin is het positieve recht inderdaad een zichzelf in stand houdend systeem waarin, om met de Critical Legal Studies-beweging te spreken, reproductie van kennis plaatsvindt: daar in de praktijk enkel van belang is hoe de *thans* aanvaardbare regels worden toegepast, kan nooit tot een alternatieve systematiek worden gekomen. Maar zoals de merites van een boek pas kunnen worden gewaardeerd wanneer ook andere boeken worden gelezen, zo leert men het huidige positieve recht ook pas kennen wanneer men op de hoogte is van alternatieven. Savigny's visie op dwaling en wanprestatie week aanzienlijk af van die, heersend in de praktijk van zijn tijd en toch vond deze ingang vanwege een superieure kwaliteit en onbetwistbaar verband met het toenmalige politieke klimaat. Dat pleit er voor zich steeds bewust te blijven van de relativiteit van de huidige systematiek. Hier werd dat toegelicht aan de hand van een, betrekkelijk willekeurig gekozen, arrest. Laat bestudering van Schirmeister/De Heus ons bewust maken van het failliet van de Savignyaanse systematiek.

³²Reinhard Zimmermann, 'Heard Melodies are sweet, but those unheard are sweeter...', AcP 193 (1993), p. 121 v.

³³Opvallend is dat Savigny, Band 1, o.c., p. 407 v., zelf een afwijkende indeling aan de hand van de drie beginselen van Ulpianus *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* bespreekt. Zie voor beide wijzen van redeneren Okko Behrends, *Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom) 95 (1978) p. 187 v.

³⁴Franz Bydlinski, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien 1996.

³⁵Lando/Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part 1, Dordrecht 1995.